

不作為犯の構造

増田 豊

Die Struktur der Unterlassungsdelikte

Yutaka Masuda

1. 不作為犯論が、理論的にも実際のにも極めて重要な問題性をその中に含んでいるということは、久しい以前から指摘されてきたところである。そして、不作為犯、特に不真正不作為犯の可罰性をめぐる法政策的議論は、これまで活発に展開されてきたといえよう。だが、法政策的議論に先行する、不作為犯の「教義学的構造」(dogmatische Struktur)そのものを解明しようとする、本格的な試みは、アルミン・カウフマンの研究に始まったといっても過言ではない。特に、カウフマンによって展開された「逆転原理」(Umkehrprinzip)は、不作為犯の構造をめぐる未解決な問題を一気に解決しようとするだけにとどまらず、さらに、刑法教義学上の諸々の問題(過失、未遂、錯誤、共犯等)解決の方向をも指示するものとなっているのではないと思われるほどである。

2. カウフマンの「逆転原理」を簡単に定式化すれば次のとおりである。

「等しい行動の構造には一逆転された法的効果が、逆転された行動の構造には一等しい法的効果に対応する」。この場合、構造の可逆性 (Strukturumkehr) は、行為概念 (Handlungsbegriff) と不作为概念 (Unterlassungsbegriff) の関係に根ざすものである。つまり、行為の逆転された構造が、行為の不作为であり、構造化された一定の行為の逆転された構造が、同様に構造化された行為の不作为である。例えば、望ましくない結果の惹起をめざす未遂行為に、望ましい結果の惹起をめざす未遂行為の不作为が対応し、禁止された行為に対する教唆に、命令された行為に対する教唆の不作为が対応することになるのである。

3. ところで、カウフマンの不作为犯の構造解明の試みについては、その後、若干の批判 (グリェンヴァルト、ハフケ、シュエネマンら) が提起されたが、それは特に過失不作为犯をめぐる議論に集中したといえよう。

カウフマンによると、過失不作为犯は、法秩序にとって望ましい結果を達成しようとする「意思」が存在することを必要とするものである。したがって、過失不作为犯は、「不注意な命令充足の未遂」 (unsorgfältiger Gebotserfüllungsversuch) の場合についてだけ考えられるものと解されることになるであろう。むろん、この事例 (失敗に終わった結果防止) について過失不作为犯を認めることは争われていない。だが、過失不作为犯の成立をこの事例に限定することについては、学説は一致して反対する。そこで、カウフマンの「逆転原理」から、このような結論が必然的なものとして引き出されることになるか否かが検討されねばならない。

シュトルエンゼは、カウフマンの「逆転原理」を前提として出発しながら、「命令充足の未遂」の事例のほかに、「非目的的な結果防止」 (unfinale Erfolgsabwendung) の事例、及び、「故意犯の構成要件該当状況の認識可能性」 (Erkennbarkeit der tatbestandsmäßigen Situation des Vorsatzdelikts) にかかわる事例についても、過失不作为犯の成立を認めることができるという結論を引き出した。

前者の事例は、例えば、駅長が列車ダイヤの変更を踏切番に通告せず、これによって事故が発生したというような場合である。この場合、「通告能力」は、決して踏切を通過する者の死の結果の表象を前提としない。ここでは、「目的的な結果防止能力」が要求されるのではなく、別の目的性にかかわる行為能力が問題とされる。このような結論はまた、シュエネの実証し

たとおり、行為目標の認識を要求する、カウフマンの行為能力概念及び不作为概念を変更することなしに引き出されることになるのである。ただ、「過失犯の構成要件該当状況は、故意犯のそれとは別なものである」ということが明らかにされるだけである。

後者の事例は、故意犯の構成要件該当状況の認識をもたらす行為の不存在の場合である。例えば、水泳教師が監視を怠ったために子供を溺死させてしまった場合、故意犯の構成要件該当状況、つまり具体的な法益侵害との関係では認識可能性しか存しないが、法益侵害の認識をもたらす行為 (監視行為) との関係では、目的的な行為能力が存することになる。したがって、このような場合にも、行為目標の認識を要求する、カウフマンの不作为概念を変更することなしに過失不作为犯の成立が可能ではないかと考えられることになる。

いずれにせよ、これらの事例も過失不作为犯として認めるか否かは、価値論の問題であり、これを肯定する法政策的要請が存するとするならば、その構造の解明は、それに先行する教義学的問題であり、今や徹底的な検討が必要であるといえよう。その他、カウフマンの逆転原理は、不作为未遂、不作为共犯等の問題に関しても極めて示唆に富む提案を用意しており、これらも含めて今後の課題として行きたいと考えている次第である。